



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

M. SZPUNAR

представено на 3 март 2021 година¹

Дело C-741/19

Република Молдова

срещу

Дружество Komstroy, правопреемник на дружеството Energoalians

(Преюдициално запитване, отправено от Cour d'appel de Paris (Апелативен съд Париж, Франция))

„Преюдициално запитване — Договор за Енергийната харта — Понятие „инвестиция“ — Спорове между инвеститор и договаряща страна — Изцяло външно за правния ред на Съюза положение — Компетентност на Съда“

I. Въведение

1. От подписването на Договора за Енергийната харта² (наричан по-нататък „ДЕХ“) от Европейския съюз преди близо 30 години разпоредбите му са предмет на преюдициални въпроси само в два случая, включително настоящия³. Това дело разкрива някои особености, най-напред, тъй като на Съда се предоставя възможност да се произнесе по смисъла на разпоредби, които до момента не са били тълкувани.
2. На следващо място, спорът, в рамките на който са отправени преюдициалните въпроси, не засяга нито Съюза, нито държавите членки: спорът е между Република Молдова и украинско дружество и на пръв поглед изглежда външен за Съюза.
3. На последно място, според анализа ми по настоящото дело Съдът следва да се произнесе по важен въпрос, а именно по съвместимостта на въведения с ДЕХ механизъм за уреждане на спорове с правото на Съюза с оглед на правилата, установени от Съда с решение Achmea⁴.

¹ Език на оригиналния текст: френски.

² Подписан на 17 декември 1994 г. в Лисабон (ОВ L 380, 1994 г., стр. 24) и одобрен от името на Европейския съюз с Решение 98/181/ЕО, ЕОВС, Евратом на Съвета и на Комисията от 23 септември 1997 година за сключването от Европейските общности на Договора за Енергийната харта и на Протокола за Енергийната харта относно енергийната ефективност и свързаните екологични аспекти (ОВ L 69, 1998 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 12, том 1, стр. 253).

³ Другите дела относно тълкуването на ДЕХ са съединени дела Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) и др. (C-798/18 и C-799/18), висящи пред Съда.

⁴ Решение от 6 март 2018 г. (C-284/16, наричано по-нататък „решението Achmea“, EU:C:2018:158).

II. Правна уредба

A. ДЕХ

4. ДЕХ е подписан от Съюза на 17 декември 1994 г. и е одобрен от името на Съюза с Решение 98/181. Всички държави членки, с изключение на Италианската република, както и 28 трети държави са страни по ДЕХ.

5. Съгласно преамбюла на ДЕХ:

„Договарящите се страни по настоящия договор,

[...]

като взеха предвид Европейската енергийна харта, приета със Заключителния документ на Хагската конференция за Европейската енергийна харта, подписан в Хага на 17 декември 1991 г.,

[...]

като желаят да осъществят основната концепция на инициативата на Европейската енергийна харта, която е да катализира икономическия растеж посредством мерки за либерализиране на инвестициите и търговията в енергетиката;

[...]“.

6. ДЕХ се състои от преамбюл и осем части. Части I, II, III и V са озаглавени съответно „Определения и цел“, „Търговия“, „Насърчаване и закрила на инвестициите“ и „Уреждане на спорове“.

7. Член 1 от ДЕХ е озаглавен „Определения“ и предвижда:

„При използването им в настоящия договор:

[...]

б) „Инвестиция“ означава всякакъв вид актив, притежаван или контролиран пряко или косвено от инвеститор и включва:

[...]

в) ликвидни вземания и искове за изпълнение на задължения по договор с икономическа стойност и свързан с инвестиция;

[...]

е) всякакво право, предоставено от [...] договор [...] за осъществяване на всякаква икономическа дейност в енергийния сектор.

[...]

„Инвестиция“ се отнася до всяка инвестиция, свързана с икономическа дейност в енергийния сектор и до инвестиции или класове инвестиции, определени от договаряща се страна в нейната зона като „Проекти за ефективност в съответствие с [Европейската енергийна харта]“ и съобщени на секретариата като такива.

7) „Инвеститор“ означава:

а) по отношение на договаряща се страна:

- i) физическо лице, което притежава гражданство или националност на договаряща се страна или което постоянно пребивава в нея в съответствие с приложимото ѝ законодателство;
- ii) дружество или друга организация, учредена в съответствие с приложимото законодателство в тази договаряща се страна;

б) по отношение на „трета държава“ — физическо лице, дружество или друга организация, която изпълнява с всички изменения и допълнения условията за договаряща се страна, определени в буква а) за договаряща се страна.

8) „Инвестира“ или „извършване на инвестиции“ означава създаване на нови инвестиции, придобиване на всички или на част от съществуващи инвестиции или преминаване в други области на инвестиционна дейност.

[...]

10) „Зона“ означава по отношение на държава, която е договаряща се страна:

а) територията, която е под неин суверенитет, като се разбира, че тази територия включва земята, вътрешните води и териториалните води;

и

б) при условията на и в съответствие с международното морско право: морето, морското дъно и неговите недра, по отношение на които тази договаряща се страна упражнява суверенни права и юрисдикция.

По отношение на организация за регионална икономическа интеграция, която е договаряща се страна, зона означава зоната на държавите членки на такава организация в съответствие с разпоредбите, съдържащи се в договора за създаване на тази организация.

[...]“.

8. Член 26 от ДЕХ е озаглавен „Уреждане на спорове между инвеститор и договаряща се страна“ и гласи:

„1. Спорове между договаряща се страна и инвеститор от друга договаряща се страна, свързани с инвестиция на последния в зоната на първата, които касаят предполагаемо нарушение на задължение на първата съгласно част III, се решават, ако е възможно, по мирен начин.

2. Ако такива спорове не могат да бъдат уредени в съответствие с разпоредбите на параграф 1 в срок от три месеца от датата, на която коя да е от страните по спора е поискала мирно решаване, инвеститорът — страна по спора, може да избере да го внесе за разрешаване:

а) в съдилищата или административните съдилища на договаряща се страна — страна по спора;

или

б) в съответствие с приложима, предварително договорена процедура за уреждане на спора;

или

в) в съответствие със следващите параграфи на този член.

[...]

б. Учреденият съгласно член 4 съд решава спорните въпроси в съответствие с настоящия договор и приложимите правила и принципи на международното право.

[...]“.

Б. Френското право

9. Съгласно член 1520 от Code de procédure civile (френския Граждански процесуален кодекс) жалба за отмяна на постановеното във Франция арбитражно решение е допустима по-специално само ако арбитражният съд неправилно е приел, че е компетентен или че няма компетентност.

III. Фактите в основата на спора в главното производство, преюдициалните въпроси и производството пред Съда

10. В изпълнение на два договора, сключени на 1 и 24 февруари 1999 г., дружеството Ukrenerg, украински производител на електроенергия, продава електроенергия на дружеството Energoalians, украински дистрибутор на електроенергия, което впоследствие я препродава на Derimen Properties Limited (наричано по-нататък „Derimen“) — дружество, регистрирано в Британските Вирджински острови, което на свой ред я препродава на дружеството Moldtranselectro, молдавско публично предприятие. Обемите електроенергия, които трябва да се доставят, се договарят всеки месец пряко между Moldtranselectro и Ukrenerg, което доставя тази електроенергия при условията „DAF Incoterms 1990“, тоест до границата между Украйна и Молдова, откъм Украйна.

11. Електроенергията е била доставяна през 1999 г. и 2000 г., с изключение на периода от май до юли 1999 г. За всеки месец доставка Energoalians е трябвало да получи плащането от Derimen, което от своя страна е трябвало да получи плащането от Moldtranselectro.

Приложимите за плащанията цени са определени с допълнителни споразумения към договора от 24 февруари 1999 г., съгласно които цената, платена от Moldtranselectro на Derimen, е била около два пъти по-висока от цената, платена от Derimen на Energoalians.

12. Derimen плаща на Energoalians цената на цялата закупена електроенергия, а Moldtranselectro извършва само частично плащане към Derimen.

13. С договор от 30 май 2000 г. Derimen прехвърля на Energoalians вземането, което има към Moldtranselectro.

14. Moldtranselectro частично погасява дълга си, като прехвърля на Energoalians няколко свои вземания. Поради това Energoalians опитва без успех да получи плащането на остатъка от вземането си, като сезира молдавските, а впоследствие и украинските съдилища.

15. Тъй като счита, че някои действия на Република Молдова съставляват съществени нарушения на задълженията, поети по силата на ДЕХ, Energoalians започва арбитражно производство по член 26 от този договор.

16. С решение, постановено с мнозинство в Париж на 25 октомври 2013 г., арбитражният съд ad hoc приема, че е компетентен да се произнесе по спора, и като счита, че Република Молдова е нарушила задълженията си по ДЕХ, я осъжда да заплати на основание на този договор определена сума на Energoalians. От своя страна председателят на арбитражния съд ad hoc изразява особено мнение относно компетентността на арбитражния съд.

17. Република Молдова подава жалба за отмяна на това решение, като се позовава на нарушение на разпоредба, свързана с обществения ред, а именно разпоредбата относно компетентността на арбитражния съд ad hoc съгласно член 1520 от френския Граждански процесуален кодекс.

18. С решение от 12 април 2016 г. Cour d'appel de Paris (Апелативен съд Париж, Франция) отменя решението, по съображение че арбитражният съд неправилно е приел, че е компетентен. Той постановява, че спорът между Energoalians и Република Молдова се отнася до прехвърлено от Derimen вземане, което е имало за предмет само продажбата на електроенергия. Според този съд при липсата на каквато и да било вноска обаче това вземане не може да се счита за инвестиция по смисъла на ДЕХ и следователно не може да обоснове компетентността на арбитражния съд.

19. По жалба, подадена от Komstroy, правоприменик на Energoalians с акт за прехвърляне от 6 октомври 2014 г., Cour de cassation (Касационен съд, Франция), с решение от 28 март 2018 г., касира и отменя изцяло решението от 12 април 2016 г. и връща делото на друг състав на Cour d'appel de Paris (Апелативен съд Париж).

20. Пред този съд Република Молдова поддържа, че арбитражният съд е трябвало да се обяви за некомпетентен, тъй като спорът не се отнася до „инвестиция“ по смисъла на ДЕХ, „направена от“ предприятие на договаряща се страна по ДЕХ „в зоната“ на Молдова. Тя твърди, че придобитите от Energoalians вземания от Derimen, не са „инвестиция“ по смисъла на член 26, параграф 1 от ДЕХ, разглеждан във връзка с член 1, точка 6 от този договор, и следователно не могат да бъдат предмет на арбитражно производство, тъй като то е предвидено само за част III от ДЕХ, отнасяща се именно до инвестициите. По-нататък,

дори да се приеме, че тези вземания може да представляват инвестиция, тя не е била „направена от“ предприятие на договаряща страна, тъй като Derimen е предприятие, регистрирано в Британските Вирджински острови. На последно място и при всички случаи посочените вземания се отнасят до сделка по продажба на електроенергия, която не била направена „в зоната“ на Молдова, тъй като електроенергията била продавана и пренасяна само до границата между Украйна и Молдова, откъм украинска страна.

21. Komstroy обаче счита, че арбитражният съд е компетентен съгласно член 26 от ДЕХ, като всички установени в тази разпоредба условия са изпълнени, тъй като става въпрос за инвестиция, направена в зоната на Молдова.

22. С оглед на изложеното Cour d'appel de Paris (Апелативен съд Париж) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

- „1) [Трябва ли член 1, точка 6 от ДЕХ] да се тълкува в смисъл, че вземане, произтичащо от договор за продажба на електроенергия, което не е свързано с никаква вноска от страна на инвеститора в приемащата държава, може да представлява „инвестиция“ по смисъла на този член?
- 2) [Трябва ли член 26, параграф 1 от ДЕХ] да се тълкува в смисъл, че придобиването от инвеститор на договаряща страна на вземане на икономически оператор, чужд на договарящите се страни по ДЕХ, представлява инвестиция?
- 3) [Трябва ли член 26, параграф 1 от ДЕХ] да се тълкува в смисъл, че вземане на инвеститор, произтичащо от договор за продажба на електроенергия, доставена на границата на приемащата държава, може да представлява инвестиция, направена в зоната на друга договаряща страна, при липса на каквато и да е икономическа дейност, упражнявана от инвеститора на територията на последната?“.

23. Писмени становища са представили Република Молдова, германското, испанското и полското правителство и Европейската комисия.

24. В съдебното заседание, проведено на 17 ноември 2020 г., са представени устни становища от името на Република Молдова, Komstroy, френското, германското, испанското, италианското, унгарското, нидерландското, полското, финландското и шведското правителство, както и от Съвета на Европейския съюз и от Комисията.

IV. Анализ

25. Настоящото дело е безпрецедентно. От една страна, поставените от запитващата юрисдикция преюдициални въпроси се отнасят до тълкуването на някои разпоредби от ДЕХ, които никога до този момент Съдът не е разглеждал. От друга страна, спорът в главното производство е между трета за Съюза държава — Република Молдова, и предприятие на друга трета държава — Украйна.

26. При това положение може да се спори по компетентността на Съда да отговори на поставените въпроси, доколкото става дума за тълкуване на международна конвенция в рамките на спор, който поне на пръв поглед има особеностите на т.нар. „изцяло външно“ положение.

27. Ето защо, преди да се разгледат по същество преюдициалните въпроси (раздел Б), следва да се определи дали е установена компетентността на Съда (раздел А).

А. По компетентността на Съда

28. От самото начало припомням, че съгласно член 267 ДФЕС Съдът е компетентен да се признае преюдициално относно тълкуването на актовете на институциите на Съюза, като трябва да се има предвид, че международно споразумение, сключено от Съвета в съответствие с членове 217 ДФЕС и 218 ДФЕС, представлява такъв акт. Тъй като разпоредбите на такова споразумение са неразделна част от правния ред на Съюза от влизането му в сила, Съдът е компетентен да се признае преюдициално по тълкуването му⁵.

29. Тъй като ДЕХ е подписан и одобрен от името на Съюза, това споразумение трябва да се счита за акт на институциите на Съюза по смисъла на член 267 ДФЕС. Така на пръв поглед Съдът е компетентен да се произнесе по разпоредбите на ДЕХ.

30. Тази констатация обаче не е достатъчна, за да се гарантира, че Съдът е компетентен. Всъщност делото в главното производство не включва нито Съюза, нито държавите членки. Ето защо следва да се прецени дали това обстоятелство може да е от значение за компетентността на Съда да отговори на преюдициалните въпроси.

1. Съдебната практика относно тълкуването на разпоредбите на международно споразумение във връзка с прилагането им извън правния ред на Съюза

31. Съдебната практика съдържа някои уточнения по отношение на компетентността на Съда да тълкува международно споразумение. По-специално в решенията Andersson и Wåkerås-Andersson⁶ и Salzmänn⁷ Съдът е постановил, по повод разпоредбите на Споразумението за Европейското икономическо пространство от 2 май 1992 г. (ОВ L 1, 1994 г., стр. 3; Специално издание на български език, 2007 г., глава 11, том 53, стр. 4, наричано по-нататък „Споразумението за ЕИП“), че не е компетентен да се признае по тълкуването на споразумение във връзка с прилагането му в трети държави.

32. Приложена в случая по главното производство, тази съдебна практика би означавала Съдът да обяви, че не е компетентен да се произнесе по тълкуването на ДЕХ, що се отнася до спор между дружество от трета държава и друга трета държава. Не считам обаче, че в настоящия случай такова разрешение се налага.

33. Изводът, до който достига Съдът в решенията Andersson и Wåkerås-Andersson⁸ и Salzmänn⁹, а именно че не е компетентен да тълкува разпоредбите на Споразумението за ЕИП, не може да се разглежда самостоятелно, без да се изследват причините, довели до този извод. Съображенията на Съда се основават на две обстоятелства.

⁵ Решения от 30 април 1974 г., Haegeman (181/73, EU:C:1974:41, т. 2 и 4), от 15 юни 1999 г., Andersson и Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, т. 26) и от 7 юни 2018 г., KP (C-83/17, EU:C:2018:408, т. 24).

⁶ Решение от 15 юни 1999 г. (C-321/97, EU:C:1999:307, т. 28).

⁷ Решение от 15 май 2003 г. (C-300/01, EU:C:2003:283, т. 66).

⁸ Решение от 15 юни 1999 г. (C-321/97, EU:C:1999:307).

⁹ Решение от 15 май 2003 г. (C-300/01, EU:C:2003:283).

34. От една страна, Съдът обяснява, че компетентността му да тълкува разпоредби от правото на Съюза важи само за Съюза¹⁰. С други думи, Съдът не е компетентен да тълкува разпоредби, които се прилагат извън правния ред на Съюза.

35. От друга страна, липсата на компетентност на Съда е обоснована и от предоставянето в самия текст на Споразумението за ЕИП на компетентност за тълкуване на неговите разпоредби на Съда на Европейската асоциация за свободна търговия (ЕАСТ)¹¹, що се отнася до прилагането на това споразумение извън правния ред на Съюза, като същевременно се гарантира, че това тълкуване е в съответствие с практиката на Съда. Всъщност от разпоредбите на Споразумението за ЕИП следва, че поради тесните му връзки с правния ред на Съюза, неговите разпоредби трябва да се тълкуват съгласно практиката на Съда¹², когато по същество са идентични на съответните правила на Договорите и на актовете, приети при прилагането им.

36. Ето защо ми се струва, че съображенията на Съда в решения *Andersson* и *Wåkerås-Andersson*¹³ и *Salzmann*¹⁴ са водени от целта на предвидения в член 267 ДФЕС механизъм на преюдициалното запитване, който има за цел именно да предотврати различията в тълкуването на правото на Съюза в правния му ред¹⁵.

37. Такава цел обаче също така позволява да се обоснове компетентността на Съда да тълкува разпоредби от правото на Съюза в рамките на спорове, неспадящи стриктно към правния ред на Съюза. По-специално в решение *Hermès* Съдът е приел, че когато дадена разпоредба може да се приложи както спрямо положения, които попадат в приложното поле на правото на Съюза, така и спрямо положения, непопадащи в него, Съюзът определено има интерес от това, с оглед на избягване на бъдещите различия в тълкуването, тази разпоредба да се тълкува еднакво, независимо от условията, при които следва да се прилага. Така Съдът приема, че е компетентен да тълкува разпоредба от международно споразумение, по което Съюзът е страна, в положение, което не попада в приложното поле на правото на Съюза¹⁶.

38. При тези условия решения *Andersson* и *Wåkerås-Andersson*¹⁷ и *Salzmann*¹⁸ не могат да се тълкуват в смисъл, че изключват систематично компетентността на Съда да тълкува разпоредби от правото на Съюза в рамките на спорове извън правния ред на Съюза. Всъщност тази компетентност по принцип се признава, когато разпоредбата, чието тълкуване се иска, се прилага както спрямо положения, които попадат в приложното поле на правото на Съюза, така и спрямо положения, които са не попадат в това приложно поле.

¹⁰ Решения от 15 юни 1999 г., *Andersson* и *Wåkerås-Andersson* (C-321/97, EU:C:1999:307, т. 28) и от 15 май 2003 г., *Salzmann* (C-300/01, EU:C:2003:283, т. 66).

¹¹ Решения от 15 юни 1999 г., *Andersson* и *Wåkerås-Andersson* (C-321/97, EU:C:1999:307, т. 29) и от 15 май 2003 г., *Salzmann* (C-300/01, EU:C:2003:283, т. 67).

¹² Вж. член 6 от Споразумението за ЕИП и петнадесета алинея от преамбюла му. По този въпрос вж. *Baudenbacher*, С. *The Relationship Between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union*. — In: *Baudenbacher*, С. (ed.). *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, p. 179—194.

¹³ Решение от 15 юни 1999 г. (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁴ Решение от 15 май 2003 г. (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁵ Решения от 12 юни 2008 г., *Gourmet Classic* (C-458/06, EU:C:2008:338, т. 20) и от 21 юли 2011 г., *Kelly* (C-104/10, EU:C:2011:506, т. 60), както и становище 1/09 от 8 март 2011 г. (EU:C:2011:123, т. 83).

¹⁶ Решение от 16 юни 1998 г., *Hermès* (C-53/96, EU:C:1998:292, т. 32).

¹⁷ Решение от 15 юни 1999 г. (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁸ Решение от 15 май 2003 г. (C-300/01, EU:C:2003:283).

2. Специфичните особености на ДЕХ и отражението им върху приложимостта на свързаната с него съдебна практика в конкретния случай

39. Впрочем ДЕХ несъмнено притежава специфични особености по две причини, поради което не може просто да се приравни на Споразумението за ЕИП при прочита на посочената от мен съдебна практика.

40. На първо място, ДЕХ не създава никаква юрисдикция, която да осигурява еднакво тълкуване на неговите разпоредби по начин, съответстващ на тълкуването, което дава Съдът в рамките на неговия правен ред. Всъщност ДЕХ следва да се тълкува само във връзка с уреждането на спорове от различни арбитражни или държавни съдилища на договарящите страни, които следователно не могат да предотвратят различията в тълкуването¹⁹.

41. На второ място, както отбелязват германското правителство в писменото си становище и Комисията в съдебното заседание, макар да е многостранно споразумение, ДЕХ представлява поредица от двустранни задължения между договарящите страни, сред които са Съюзът и държавите членки²⁰. Предвидените в ДЕХ задължения по същество позволяват защита на инвестициите, направени от инвеститори на договаряща страна в друга договаряща страна²¹. Следователно нарушаването на едно от задълженията не означава, че всички договарящи страни винаги могат да искат обезщетение за това, тъй като тези задължения се изпълняват само двустранно между две договарящи страни²².

42. По този начин в ДЕХ установява поредица от двустранни задължения, чиято цел е да уреждат в обхванатата от него област, от една страна, отношенията между договарящите страни и от друга страна, отношенията между инвеститорите на договаряща страна и договарящата страна, в чиято зона са направени инвестициите. От това следва, че на теория тези задължения могат да уреждат в рамките на Съюза и отношенията между държавите членки и следователно да се прилагат в правния ред на Съюза.

43. Така тези две специфични особености на ДЕХ в сравнение със Споразумението за ЕИП ограничават възможността за прилагане на изведеното от решения *Andersson* и *Wåkerås-Andersson*²³ и *Salzmann*²⁴ разрешение относно липсата на компетентност на Съда да тълкува международно споразумение в положения извън правния ред на Съюза.

44. По настоящото дело запитващата юрисдикция иска Съдът да даде тълкуване на разпоредби от международно споразумение, които не се тълкуват еднакво и съответстващо на практиката на Съда по спорове извън Съюза и които по принцип могат да се прилагат и към положения, вътрешни за правния ред на Съюза.

¹⁹ Доказателство за това са разногласията в арбитражната съдебна практика относно тълкуването на понятието „инвестиция“, посочено в настоящите преюдициални въпроси.

²⁰ Страни по ДЕХ, с изключение на Италианската република.

²¹ Вж. например член 10, параграф 1 от ДЕХ: „Всяка договаряща се страна [...] на съ[р]чава и създава стабилни, равноправни, благоприятни и прозрачни условия за инвеститорите от другите договарящи се страни, за да инвестират в нейната зона“.

²² Относно наличието на двустранни задължения в многостранни споразумения вж. решение на Международния съд от 5 февруари 1970 г., *Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited* (Белгия с/у Испания), CIJ. Recueil 1970, стр. 3, т. 33 и 35.

²³ Решение от 15 юни 1999 г. (C-321/97, EU:C:1999:307, т. 28).

²⁴ Решение от 15 май 2003 г. (C-300/01, EU:C:2003:283, т. 66).

45. При тези условия считам, че интересът на Съюза от еднакво тълкуване на разпоредбите на ДЕХ не може да се изключи. Ето защо стигам до извода, че при тези обстоятелства на Съда трябва да бъде призната компетентност да отговори на преюдициалните въпроси по настоящото дело.

3. Съмненията относно приложимостта на разпоредбите на ДЕХ в правния ред на Съюза

46. Тук трябва да отбележа някои уточнения към това твърдение. Подобен извод се налага само при условие че разпоредбите, чието тълкуване се иска, действително са приложими в правния ред на Съюза. Ако случаят не е такъв, не е налице интерес на Съюза от еднаквото им тълкуване и липсва компетентност на Съда да даде такова тълкуване.

47. От една страна обаче, член 26 от ДЕХ създава механизъм за уреждане на спорове между инвеститори на договаряща страна и договаряща страна, който позволява сезирането на арбитражен съд. В това отношение в решение *Achmea*²⁵ Съдът приема, че в правния ред на Съюза не е позволено сезирането на арбитражен съд, създаден въз основа на договор за закрила и насърчаване на инвестициите, сключен между две държави членки. При тези условия според мен от това решение е видно, че член 26 от ДЕХ никога няма да бъде приложен в правния ред на Съюза, поради което Съдът не е компетентен да тълкува тази разпоредба.

48. ДЕХ обаче не е изцяло приравним на двустранния инвестиционен договор (наричан по-нататък „ДИД“), разглеждан в решение *Achmea*, и притежава някои специфични особености, които е необходимо да се вземат предвид, за да може да се предостави пълен отговор на въпроса дали въведеният с него механизъм за уреждане на спорове е съвместим с правото на Съюза. Ето защо предлагам на Съда да използва възможността да разгледа последиците от това решение за приложимостта на член 26 от ДЕХ, тъй като този анализ е необходим, за да се установи компетентността на Съда да отговори на преюдициалните въпроси относно тълкуването на тази разпоредба.

49. От друга страна, вярно е, че в решение *Achmea* не е разгледан по-общият въпрос за съвместимостта с правото на Съюза на материалноправните разпоредби на договорите за закрила и насърчаване на инвестиции, когато те се прилагат за отношенията между държавите членки. Това решение обаче онагледява трудностите, свързани с наличието на такива споразумения, когато те се прилагат в Съюза²⁶. Всъщност поставя се въпросът дали може да се прави позоваване на материалноправните разпоредби в спор между инвеститор на държава членка и друга държава членка пред съдилищата на последната. Следователно необходимо е да се прецени дали с оглед на решение *Achmea* материалноправните разпоредби на ДЕХ могат да бъдат обявени за несъвместими с правото на Съюза и следователно за неприложими в неговия правен ред.

50. Тези преценки ще позволят да се определи дали Съюзът има интерес разпоредбите на ДЕХ да бъдат тълкувани еднакво, както и дали Съдът е компетентен да отговори на настоящите преюдициални въпроси.

²⁵ Точка 60 и диспозитива.

²⁶ Вж. в това отношение Съобщение на Комисията до Европейския парламент и Съвета от 19 юли 2018 година, Закрила на инвестициите в рамките на ЕС, COM(2018) 547 final.

а) Приложимостта на въведения с член 26, параграф 1 от ДЕХ механизъм за уреждане на спорове в правния ред на Съюза

51. Въпросът за съвместимостта с правото на Съюза на механизми за уреждане на спорове в споразумения, обвързващи държавите — членки на Съюза, от няколко години е в основата на сериозни дебати както в доктрината²⁷, така и в практиката²⁸.

52. Те са отразени в делото, по което е постановено решение *Achmea*, което показва, където е необходимо, конфликта между правото на Съюза и арбитражното инвестиционно право²⁹.

1) Решение *Achmea*

53. В решение *Achmea*³⁰ Съдът постановява, че членове 267 ДФЕС и 344 ДФЕС трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат разпоредба на сключено от две държави членки международно споразумение, съгласно която всеки инвеститор от една от тези държави членки може в случай на спор във връзка с инвестиции в другата държава членка да заведе дело срещу последната пред арбитражен съд, чиято компетентност тази държава членка се е задължила да приеме.

54. С други думи, Съдът приема за несъвместима с правото на Съюза клауза за уреждане на спорове в ДИД, сключен между две държави членки.

55. В това решение Съдът основава съображенията си на основополагащи и безспорни принципи на правото на Съюза. Най-напред той подчертава, че международно споразумение не би могло да засегне установената с Договорите уредба на правомощията и следователно — самостоятелността на правната система на Съюза³¹. Той припомня, че автономията на правото на Съюза се обяснява с основните особености на Съюза и неговото право, свързани в частност с конституционната структура на Съюза и със самото естество на това право³², което се характеризира по-специално с автономията си източник, представляван от Договорите, с предимството си и с директния си ефект³³.

56. По-нататък Съдът уточнява, че в този смисъл правото на Съюза почива на основополагащото схващане, че всяка държава членка споделя с всички останали държави членки, и признава, че те споделят с нея поредица от общи ценности, на които се основава

²⁷ Вж. по-специално, що се отнася до доктрината преди решение *Achmea*, *Eilmansberger*, T. Bilateral Investment Treaties and EU Law. — *Common Market Law Review*, 2009, Vol. 46, No 2, p. 383—429, *Hindelang*, S. Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration — Legal Issues of Economic Integration, 2012, Vol. 39, No 2, p. 179—206 и *Miron*, S. The Last Bite of the BITs. — *Supremacy of EU Law versus Investment Treaty Arbitration*. — *European Law Journal*, 2013, Vol. 20, No 3, p. 332—345.

²⁸ Вж. например *Vattenfall AB и др. с/у Германия* (МЦРИС, дело № ARB/12/12), решение от 31 август 2018 г. относно дело *Achmea*, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. с/у Кралство Испания* (МЦРИС, дело № ARB/14/1), решение от 16 май 2018 г., *Novenergia II — Energy & Environment (SCA) (Велико херцогство Люксембург)*, *SICAR с/у Кралство Испания* (SCC, дело № 2015/063), решение от 15 февруари 2018 г.

²⁹ Вж. по-специално *Gaillard*, E. *L'affaire Achmea ou les conflits de logiques*. — *Revue critique de droit international privé*, 3/2018, p. 616, *Hess*, V. The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice. — *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper series*, 3/2018, p. 8 и *Basedow*, J. *Achmea judgment and the applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration*. — *Journal of international economic Law*, 2020, Vol. 23, No 1, p. 271—292.

³⁰ Точка 60 и диспозитива.

³¹ Решение *Achmea*, т. 32. Вж. също становище 2/13 от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 201 и цитираната съдебна практика).

³² Решение *Achmea*, т. 33.

³³ Решение *Achmea*, т. 33.

Съюзът. Освен това Съдът отбелязва, че това схващане предполага и обосновава съществуването на взаимно доверие между държавите членки относно признаването на тези ценности и следователно относно зачитането на правото на Съюза, което ги прилага³⁴.

57. На последно място Съдът припомня, че за да гарантират запазването на специфичните особености и на автономията на правния ред на Съюза, Договорите създават система за правораздаване, предназначена да осигури последователност и единство при тълкуването на правото на Съюза³⁵. Освен това Съдът посочва, че ключовият елемент в тази система е производството за преюдициално запитване, предвидено в член 267 ДФЕС, което има за цел да осигури еднообразното тълкуване на правото на Съюза, пълното му действие и автономията му, както и, в последна сметка, присъщия характер на установеното с Договорите право³⁶.

58. Въз основа на тези принципи Съдът отбелязва, от една страна, че арбитражният съд, установен въз основа на разпоредбите на разглеждания ДИД, ще трябва да тълкува и дори да прилага правото на Съюза³⁷. От друга страна, той приема, че посоченият арбитражен съд не е част от правораздавателната система на Съюза, поради което въведеният с ДИД механизъм за уреждане на спорове може да изключени решаването на спорове, които могат да се отнасят до тълкуването или прилагането на правото на Съюза, по начин, гарантиращ пълната ефективност на нормите на Съюза³⁸.

59. Съдът отбелязва, че това е така дори ако правото на държавите членки предвижда възможност националните съдилища да упражняват контрол над арбитражните решения, при положение че такъв контрол е ограничен и може да се упражнява само в границите, в които го допуска националното право. В този смисъл в решение *Achmea* Съдът прави разграничение между механизъм за уреждане на спорове, съдържащ се в споразумение, което обвързва две държави членки, и търговския арбитраж, който по-специално се счита за съвместим с правото на Съюза, доколкото в рамките на контрола на националните съдилища над арбитражните решения може да се обсъдят основните разпоредби на правото на Съюза и евентуално да бъде отправено преюдициално запитване³⁹.

60. Всъщност бих искал да подчертая, че е налице съществена разлика между тези два механизма. При търговския арбитраж всяка от страните упражнява своята автономна воля. Той предполага сключването на арбитражно споразумение едновременно със сключването на договора, спорове по който ще бъдат отнесени до арбитраж, или след възникването на спора. С други думи, в търговския арбитраж компетентността на арбитражния съд винаги произтича от арбитражно споразумение относно точно определен в него спор. Не може да се приеме, че компетентността на такъв арбитражен съд е част от системата на съдебна защита, която се предоставя от държавата. Тя произтича по-скоро от автономията на волята на всяка страна, която участва в търговията⁴⁰. Всъщност именно от тази автономия произтича възможността страните да решат дали да уреждат споровете чрез отнасяне до търговски арбитраж.

³⁴ Решение *Achmea*, т. 34. Вж. също становище 2/13 от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 168 и 173 и цитираната съдебна практика).

³⁵ Решение *Achmea*, т. 35. Вж. също становище 2/13 от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 174).

³⁶ Решение *Achmea*, т. 37. Вж. също становище 2/13 от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 176 и цитираната съдебна практика).

³⁷ Решение *Achmea*, точки 39—42.

³⁸ Решение *Achmea*, точки 42—56.

³⁹ Решение *Achmea*, точки 45 и 55.

⁴⁰ Вж. в този смисъл *Basedow*, J. *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*. — *Journal of International Arbitration*, 2015, Vol. 32, No 4, p. 367—386, p. 370.

61. За сметка на това механизмът за уреждане на спорове, съдържащ се в международно споразумение, отговаря на различна логика⁴¹. В този случай механизмът представлява общо и постоянно предложение за арбитраж, което следва да се приеме или отхвърли от насрещната страна. С други думи, чрез този механизъм държавата се отказва от възможността спор между нея и инвеститор на друга държава членка, който попада в приложното поле на това споразумение, да бъде решен от държавни съдилища. Този отказ има системен характер, тъй като може да се отнася до всички спорове, които попадат в приложното поле на това споразумение. По този начин държавата създава механизъм за съдебна защита, който е извън правораздавателната ѝ система.

62. В решение *Achmea* Съдът разглежда именно този аспект на механизмите за инвестиционен арбитраж, предвидени в споразумения между държавите членки: всъщност не се допуска чрез поемане на международни задължения държавите членки системно да изключват от правораздавателната система на Съюза група спорове относно тълкуването или прилагането на правото на Съюза.

63. При тези условия Съдът приема, че въпросният механизъм за уреждане на спорове може да постави под съмнение не само принципа на взаимно доверие между държавите членки, но и защитата на присъщия характер на установеното с Договорите право, осигурявана от преюдициалното производство по член 267 ДФЕС, и следователно не е съвместим с принципа на лоялно сътрудничество⁴². Следователно според Съда механизмът за уреждане на спорове в разглеждания ДИД, съгласно който всеки инвеститор от държава членка може да заведе дело срещу втората държава членка пред арбитражен съд, накърнява автономията на правото на Съюза⁴³.

64. В крайна сметка това разрешение е точният израз на автономията на правото на Съюза⁴⁴, която от своя страна се основава на съществуването на взаимно доверие между държавите членки, които споделят поредица от общи ценности и признават ефективното споделяне на тези ценности. Така от държавите членки се изисква да приемат, освен при изключителни обстоятелства, че всички други държави — членки на Съюза, зачитат правото на Съюза, и по-специално основните права, сред които и правото по член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз на ефективни правни средства за защита пред независим съд⁴⁵.

65. С други думи, именно защото в правния ред на Съюза се приема и признава, че държавите членки спазват поредица от ценности и права, сред които правовата държава и закрепеното право на ефективни правни средства за защита, се гарантира и че

⁴¹ Относно особеностите на механизма вж. *Kessedjian, C. et Pironon, V. Droit du commerce international, 2. ed., Thémis, PUF, 2020, p. 209.*

⁴² Решение *Achmea*, т. 58.

⁴³ Решение *Achmea*, т. 59.

⁴⁴ *Hess, B., op. cit., p. 8.*

⁴⁵ Становище 1/17 (ВИТС ЕС—Канада) от 30 април 2019 г. (EU:C:2019:341, т. 128 и цитираната съдебна практика).

инвеститорите на държавите членки са защитени в достатъчна степен⁴⁶ в правния ред на Съюза, поради което не е необходимо да се използва система извън правораздавателните системи на държавите членки⁴⁷.

66. Впрочем значението на тези ценности, и по-специално на правовата държава, е припомнено от Съда по различни дела⁴⁸, като се подчертава ролята на институциите на Съюза, и по-специално на Комисията, на които е възложено да следят за спазването им.

67. Така с решение *Achmea* се слага край на съмненията относно отношенията между правото на Съюза и механизмите за уреждане на спорове в ДИД, сключени между две държави членки.

68. Впрочем впоследствие почти всички държави членки вземат предвид това решение, като с отделни изявления⁴⁹ заявяват намерението си да излязат от съществуващите между държавите членки ДИД. Тези изявления са последвани от сключването на 5 май 2020 г. от 23 държави членки на Споразумение за прекратяване на двустранните инвестиционни договори между държавите — членки на Съюза⁵⁰.

69. Ще уточня и че несъвместимостта с правото на Съюза на предвиден в международно споразумение механизъм за инвестиционен арбитраж произтича пряко от принципа на предимство на правото на Съюза. Следователно той е неприложим в правния ред на Съюза без никакво ограничение във времето, поради което на арбитражен съд не може да бъде призната компетентност на това основание.

2) Обхватът на решение *Achmea* по отношение на ДЕХ

70. Решение *Achmea* обаче не урежда всички въпроси, свързани с отношенията между инвестиционния арбитраж и правото на Съюза. По-специално в това дело се разглежда двустранен договор, по който са страни две държави членки. Макар ДЕХ да предвижда механизъм за уреждане на спорове, сходен с обсъждания в решение *Achmea*, тъй като позволява сезирането на арбитражен съд, той е многостранен договор, страни по който са Съюзът и държавите членки.

⁴⁶ Съобщение на Комисията до Европейския парламент и Съвета от 19 юли 2018 година, Закрила на инвестициите в рамките на ЕС, COM(2018) 547 final.

⁴⁷ В случая не става въпрос да се отрича, че арбитражните съдилища в областта на инвестиционното право може да са допринесли за зачитането на правовата държава. В това отношение вж. *Sadowski*, W. Protection of the rule of law in the European Union through investment treaty arbitration: Is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe? — *Common Market Law Review*, 55/2018, р. 1025—1060. Този принос обаче не е сравним с гарантираното между държавите — членки на Съюза, признаване и зачитане на основните ценности, на които е основан Съюзът, сред които е зачитането на правовата държава и правото на ефективни правни средства за защита пред независим съд.

⁴⁸ Имам предвид по-специално решения от 27 февруари 2018 г., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117, т. 32 и 33), от 24 юни 2019 г., *Комисия/Полша (Независимост на Върховния съд)* (C-619/18, EU:C:2019:531, т. 43 и 47) и от 5 ноември 2019 г., *Комисия/Полша (Независимост на общите съдилища)* (C-192/18, EU:C:2019:924, т. 98).

⁴⁹ Изявления на представителите на правителствата на държавите членки от 15 и 16 януари 2019 година относно правните последици от решението на Съда *Achmea* и за защита на инвестициите в Европейския съюз, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>, <<https://2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>> и <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

⁵⁰ Споразумение за прекратяване на Двустранните инвестиционни договори между държавите — членки на Европейския съюз (ОВ L 169, 2020 г., стр. 1). Споразумението е сключено от всички държави членки, с изключение на Ирландия, Република Австрия, Република Финландия и Кралство Швеция.

71. Тези различия ограничават автоматичното прилагане на изведеното по отношение на ДИД разрешение спрямо механизма за уреждане на спорове по член 26 от ДЕХ. Последващите изявления на държавите членки в това отношение илюстрират именно различните мнения, що се отнася до възможността за разширяване на обхвата на решение Achmea спрямо предвидения в ДЕХ⁵¹ механизъм за уреждане на спорове, и което е по-важно, по отношение на съвместимостта на член 26 от ДЕХ с правото на Съюза.

72. При това положение трябва да се установи дали съображенията на Съда в решение Achmea може да се приложат по отношение на съвместимостта на механизма за уреждане на спорове по член 26 от ДЕХ. В това отношение френското, германското, испанското, италианското, нидерландското и полското правителство, както и Комисията поддържат, че такова разрешение би трябвало да се възприеме и че несъвместимостта на член 26 от ДЕХ с правото на Съюза означава, че той е неприложим в правния ред на Съюза. От своя страна, в съдебното заседание, унгарското, финландското и шведското правителство защитават становището, че възприетото в решение Achmea разрешение не може да се приложи към установения с член 26 от ДЕХ механизъм за уреждане на спорове.

73. Считам, че механизмът за уреждане на спорове по член 26 от ДЕХ, тъй като позволява сезирането на арбитражен съд, несъмнено води до резултат, сходен с разгледания в решение Achmea механизъм за уреждане на спорове, обявен за несъвместим с правото на Съюза.

74. На първо място, ще посоча, че подобно на разгледания в решение Achmea механизъм за уреждане на спорове, член 26 от ДЕХ позволява отнасянето на спорове, които биха могли да са свързани с тълкуването на правото на Съюза, до инвестиционен арбитражен съд.

75. Всъщност член 26, параграф 6 от ДЕХ предвижда, че арбитражният съд се произнася по спорните въпроси в съответствие с ДЕХ и „приложимите правила и принципи на международното право“. Обратно на това, което поддържат финландското и шведското правителство, и както приема Съдът в решение Achmea⁵², с оглед на естеството и особеностите на правото на Съюза, то трябва да се разглежда както като част от действащото право във всяка държава членка, така и като произтичащо от сключено от държавите членки международно споразумение. На това основание създаденият съгласно член 26 от ДЕХ арбитражен съд ще трябва евентуално да тълкува и дори да прилага правото на Съюза.

⁵¹ Кралство Белгия, Република България, Чешката Република, Кралство Дания, Федерална република Германия, Република Естония, Ирландия, Република Гърция, Кралство Испания, Френската република, Република Хърватия, Италианската република, Република Кипър, Република Латвия, Република Литва, Кралство Нидерландия, Република Австрия, Република Полша, Португалската република, Румъния, Словашката република и Обединеното кралство Великобритания и Северна Ирландия заявяват, че според тях клаузата за уреждане на спорове в ДЕХ е несъвместима с правото на Съюза, а Великото херцогство Люксембург, Република Малта, Република Словения, Република Финландия и Кралство Швеция изразяват изрична резерва относно прилагането на възприетото в това съдебно решение разрешение към механизма за уреждане на спорове по ДЕХ. От своя страна Унгария заявява, че това разрешение не може да се приложи към механизма за уреждане на спорове по член 26 от ДЕХ. Вж. Изявления на представителите на правителствата на държавите членки от 15 и 16 януари 2019 година относно правните последици от решението на Съда Achmea и за защита на инвестициите в Европейския съюз, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>, <<https://2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>> и <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

⁵² Точка 41.

76. На второ място, считам, че дори по дело, заведено от инвеститор на държава членка срещу друга държава членка, арбитражният съд, създаден съгласно член 26 от ДЕХ, е извън правораздавателната система на Съюза⁵³.

77. Всъщност арбитражният съд не е част от правораздавателната система на държавите членки и именно този дерогиращ характер обосновава съществуването на такъв механизъм за уреждане на спорове. Той не представлява и обща за няколко държави членки юрисдикция, тъй като няма никаква връзка с правораздавателните системи на държавите членки.

78. При тези условия арбитражният съд, създаден съгласно член 26 от ДЕХ, не може да се счита за „юрисдикция на държава членка“ по смисъла на член 267 ДФЕС и няма правомощие да отправя преюдициални запитвания до Съда. Следователно решенията на такъв съд не са подчинени на механизми, които могат да осигурят пълната ефективност на нормите на Съюза⁵⁴.

79. От това следва, че подобно на механизма за уреждане на спорове, обявен за несъвместим с правото на Съюза в решение Achmea, според мен член 26 от ДЕХ накърнява автономията на правото на Съюза, тъй като позволява сезирането на арбитражен съд, и поради това също е несъвместим с правото на Съюза.

80. Този извод не се поставя под съмнение нито от специфичните особености на ДЕХ, които пораждат съмнения относно прилагането на решение Achmea спрямо предвидения в ДЕХ механизъм за уреждане на спорове, нито от по-новата практика на Съда, на която се позовават по-специално в съдебното заседание унгарското, финландското и шведското правителство.

и) По липсата на отражение на специфичните особености на ДЕХ в сравнение с ДИД

81. Вярно е, че за разлика от ДИД като разглеждания в решение Achmea, самият Съюз е страна по ДЕХ и следователно е обвързан от него. Освен това ще отбележа, че в това решение Съдът изрично подчертава, че механизмът за уреждане на спорове е предвиден в споразумение, сключено „не от Съюза, а от държави членки“⁵⁵. Означава ли това непременно, че същото разрешение не би могло да се прилага и по отношение на международно споразумение, сключено от държавите членки и Съюза? Не вярвам това да е така.

82. В това отношение посочвам, че е безспорно, че международно споразумение, в което се предвижда създаването на съд, натоварен с тълкуването на разпоредбите на това споразумение и чиито решения обвързват институциите, включително Съда, по принцип не е несъвместимо с правото на Съюза. Всъщност компетентността на Съюза в областта на външните отношения и способността му да сключва международни споразумения включват

⁵³ Макар преди решение Achmea да не изключвах обратната теза в рамките на академичната си дейност, понастоящем се позовавам на съображенията на Съда в това отношение. Вж. Szpunar, M. Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU. — In Ferrari F. (ed.). The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration. Juris, 2017, p. 85—124.

⁵⁴ Решение Achmea, точка 43 и цитираната съдебна практика.

⁵⁵ Решение Achmea, точка 58.

по необходимост възможността да се подчинява на решенията на създадената или посочената по силата на такива споразумения юрисдикция, във връзка с тълкуването и прилагането на техните разпоредби⁵⁶.

83. Такава възможност обаче може да се допусне само при условие че се зачита автономията на Съюза и на неговия правен ред⁵⁷. Както обаче посочих в точки 78 и 79 от настоящото заключение, механизмът за уреждане на спорове по член 26 от ДЕХ, тъй като позволява отнасянето до арбитраж, накърнява именно автономията на правото на Съюза. При тези условия фактът, че и Съюзът е страна по ДЕХ, не променя тази констатация.

ii) По разграничението от становище 1/17

84. На последно място, в съдебното заседание унгарското, финландското и шведското правителство посочват, че становище 1/17 (ВИТС ЕС—Канада)⁵⁸ въвежда нова схема за анализ на механизмите за уреждане на спорове, които не са част от правораздавателната система на Съюза. Такъв механизъм сам по себе си не бил несъвместим с правото на Съюза, при условие че не позволява тълкуването или прилагането на разпоредбите на правото на Съюза от съдилища извън правораздавателната система на Съюза и че постановените от тях решения не трябва възпрепятстват функционирането на институциите на Съюза в съответствие с конституционната му рамка.

85. Тези доводи обаче не са убедителни. От една страна, както бе посочено в точки 74 и 75 от настоящото заключение, считам, че член 26 от ДЕХ позволява именно тълкуването или прилагането на разпоредбите на правото на Съюза от арбитражен съд извън правораздавателната система на Съюза. Освен това член 26 от ДЕХ се различава от механизма за уреждане на спорове, предвиден във Всеобхватното икономическо и търговско споразумение между Канада, от една страна, и Европейския съюз и неговите държави членки, от друга страна (наричано по-нататък „ВИТС“), тъй като в него се предвижда изрична резерва относно тълкуването на правото на Съюза⁵⁹, като такава резерва не е налице съгласно член 26 от ДЕХ.

86. От друга страна, и преди всичко, отбелязвам, че в становище 1/17 (ВИТС ЕС—Канада)⁶⁰ съображенията на Съда по отношение на механизма за уреждане на спорове във ВИТС нямат никакво значение за анализа на член 26 от ДЕХ. Както отбелязва Съдът в това становище, съвместимостта с правото на Съюза на създаването или запазването на инвестиционен съд със споразумение, обвързващо държавите членки, и със споразумение между Съюза и трети държави са два различни въпроса⁶¹. Следователно доводите на унгарското, финландското и шведското правителство биха могли да бъдат приети само ако ДЕХ уреждаше единствено отношенията между Съюза и трети държави.

87. Всъщност, докато държавите членки са длъжни да спазват принципа на взаимно доверие, този принцип по никакъв начин не се прилага в отношенията между Съюза и трети държави. По-конкретно отношенията с трети държави не почиват на основополагащото

⁵⁶ Становище 1/91 (Споразумение ЕИП-I) от 14 декември 1991 г. (EU:C:1991:490, т. 40 и 70), становище 1/09 от 8 март 2011 г. (EU:C:2011:123, т. 74 и 76) и становище 2/13 от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 182 и 183).

⁵⁷ Становище 2/13 от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 183) и решение Achmea, т. 57.

⁵⁸ Становище от 30 април 2019 г. (EU:C:2019:341).

⁵⁹ Становище 1/17 (ВИТС ЕС—Канада) от 30 април 2019 г. (EU:C:2019:341, т. 131).

⁶⁰ Становище от 30 април 2019 г. (EU:C:2019:341).

⁶¹ Становище 1/17 (ВИТС ЕС—Канада) от 30 април 2019 г. (EU:C:2019:341, т. 127).

схващане, че всяка държава членка споделя с всички останали държави членки и признава, че те споделят с нея поредица от общи ценности и следователно зачитат правото на Съюза, което ги прилага. Както посочва генералният адвокат Bot, в рамките на споразумение с трети страни всяка от договарящите страни не изпитва непременно доверие, че правораздавателната система на другата страна ще гарантира зачитане на съдържащите се в споразумението правила⁶². Липсата на взаимно доверие като съществуващото в рамките на Съюза е именно причината, поради която договарящите страни следва да постигнат съгласие относно неутрален механизъм за уреждане на спорове⁶³. Такъв механизъм, външен за двете страни, позволява да се осигури доверието на договарящите страни по отношение на прилагането на споразумението, без това доверие да може да се смесва с взаимното доверие, което урежда отношенията в правния ред на Съюза.

88. При тези условия становище 1/17 (ВИТС ЕС—Канада)⁶⁴ не се отразява — с оглед на принципите, изведени в решение *Achmea* — на анализа на механизма за уреждане на спорове по член 26 от ДЕХ, тъй като позволява сезирането на арбитражен съд, доколкото въпросното споразумение урежда отношенията между държавите членки.

3) Заключение относно приложимостта на член 26 от ДЕХ в правния ред на Съюза

89. Според мен от всичко изложено по-горе следва, че механизмът за уреждане на спорове по член 26 от ДЕХ е несъвместим с правото на Съюза, тъй като позволява на арбитражен съд, който е извън правораздавателната система на Съюза, при спор между инвеститор на държава членка и друга държава членка, да тълкува или прилага правото на Съюза и по този начин поставя под въпрос принципа на взаимно доверие между държавите членки и защитата на присъщия характер на установеното с Договорите право, като същевременно накърнява автономията на правото на Съюза. Поради това член 26 от ДЕХ не е предназначен да се прилага в правния ред на Съюза.

90. При това положение невъзможността инвеститор на държава членка да потърси арбитраж при спор с друга държава членка не означава, че член 26 от ДЕХ изобщо не е приложим в правния ред на Съюза. По принцип инвеститорите на държава членка винаги могат да предявяват иски срещу друга държава членка пред националните ѝ съдилища във връзка със спор по тази разпоредба⁶⁵. Тази възможност обаче зависи от това дали материалноправните разпоредби на ДЕХ могат да обосноват такива претенции и следователно дали на свой ред въпросните разпоредби са приложими в правния ред на Съюза. Сега ще разгледам този въпрос.

⁶² Заключение на генералния адвокат Bot по становище 1/17 (ВИТС ЕС—Канада, EU:C:2019:72, т. 82).

⁶³ Заключение на генералния адвокат Bot по становище 1/17 (ВИТС ЕС—Канада, EU:C:2019:72, т. 84). По този въпрос вж. също *Lenaerts*, K. Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue. — *Yearbook of European Law*, 2019, Vol. 38, p. 12.

⁶⁴ Становище от 30 април 2019 г. (EU:C:2019:341).

⁶⁵ Освен това не е изключено тълкуването на член 26 от ДЕХ от Съда да бъде необходимо в рамките на контрола от страна на държавните съдилища на държавите членки над арбитражно решение, постановено в рамките на спор между инвеститор на трета държава и държава членка, което може да включва тълкуване на правото на Съюза от арбитри.

б) Приложимостта на член 1, точка 6 от ДЕХ в правния ред на Съюза

91. Член 1, точка 6 от ДЕХ определя понятието „инвестиция“, използвано в разпоредбите му, и се съдържа в първата част на ДЕХ, озаглавена „Определения и цел“. Следователно тази разпоредба е част от уводните разпоредби на ДЕХ, които целят най-общо да определят приложното поле и предмета на ДЕХ, както и да дадат определения на понятията, използвани в разпоредбите му.

92. С други думи, тъй като определя материалното приложно поле на ДЕХ, член 1, точка 6 води до прилагане на материалноправните защитни разпоредби на ДЕХ.

93. При тези условия приложимостта на посочената разпоредба в правния ред на Съюза зависи главно от това дали самите материалноправни норми, които тя привежда в действие, са приложими в правния ред на Съюза, така че инвеститорите на държава членка да могат да се позовават на тях при предявяване на искове срещу друга държава членка пред съдилищата на тази държава.

94. Макар решение Achmea да не предлага разрешение на този въпрос, то обаче разкрива наличието на съмнения относно възможността за прилагане в рамките на Съюза на материалноправните разпоредби на договорите за насърчаване и закрила на инвестициите като цяло, и в частност на разпоредбите на ДЕХ⁶⁶.

95. Не считам обаче, че в рамките на настоящото дело и чисто теоретично е възможно да се стигне до безспорен отговор на този въпрос. Това всъщност би предполагало да се направи абстрактен и изчерпателен анализ на всички припокривания, които може да съществуват между правото на Съюза и ДЕХ⁶⁷. Според мен обаче няма да е удачно този анализ да се извърши на етапа на разглеждане на компетентността на Съда да отговори на преюдициалните въпроси и в контекста на настоящото дело. Трябва също да се подчертае, че този въпрос не е разискван между страните⁶⁸.

96. Освен това трябва да подчертая, че по настоящото дело единственият довод относно несъвместимостта на материалноправните разпоредби на ДЕХ с правото на Съюза е формулиран накратко от италианското правителство и Комисията с мотива, че правото на Съюза предвижда инструменти за закрила на инвестициите, равностойни на тези на ДЕХ. На пръв поглед обаче според мен не са ясни причините, поради които сама по себе си тази равностойност в закрилата би означавала несъвместимост с правото на Съюза.

97. При тези условия считам, че несъвместимостта с правото на Съюза на материалноправните разпоредби на ДЕХ, включително на член 1, точка 6 от него, не може на този етап и със сигурност нито да се изключи, нито да се приеме. Ето защо следва да се презумира, че тези разпоредби се прилагат в рамките на правния ред на Съюза.

⁶⁶ По този въпрос вж. Съобщение на Комисията до Европейския парламент и Съвета от 19 юли 2018 година, Закрила на инвестициите в рамките на ЕС, COM(2018) 547 final.

⁶⁷ Като пример за възможно припокриване между договор за закрила и насърчаване на инвестиции, сключен между две държави членки, и правото на Съюза вж. заключението на генералния адвокат Wathelet по дело Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699).

⁶⁸ Въпреки че в съдебното заседание страните са приканени да изразят становища по последиците от решение Achmea, разискванията се отнасят само до отражението на това решение върху съвместимостта с правото на Съюза на механизма за уреждане на спорове по член 26 от ДЕХ. Подчертавам, че това решение всъщност не се отнася до съвместимостта на материалноправните норми, а само до съвместимостта с правото на Съюза на сходен механизъм, въведен с ДИД.

4. Заключение относно компетентността на Съда

98. Според мен член 26 от ДЕХ не е съвместим с правото на Съюза, тъй като предвижда сезирането на арбитражен съд, поради което такъв механизъм за уреждане на спорове не може да се прилага в рамките на правния ред на Съюза.

99. Все пак, доколкото на този етап не може да се изключи, че материалноправните разпоредби на ДЕХ, включително член 1, точка 6 от него, могат да се прилагат в правния ред на Съюза, трябва също да се презумира, че инвеститорите на държава членка могат да се позовават на тези разпоредби във връзка със спор по член 26 от ДЕХ срещу друга държава членка пред съдилища на последната. При тези условия трябва да се приеме, че както член 1, точка 6, така и член 26 от ДЕХ могат да се прилагат в рамките на правния ред на Съюза.

100. Поради това определено е от интерес за Съюза тези разпоредби да бъдат тълкувани еднакво, така че Съдът следва да е компетентен да отговори на всички преюдициални въпроси.

Б. По същество

1. По първия преюдициален въпрос: понятието „инвестиция“ по смисъла на член 1, точка 6 от ДЕХ

101. С първия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали член 1, точка 6 от ДЕХ трябва да се тълкува в смисъл, че вземане, произтичащо от договор за електроенергия, което не е свързано с вноската от страна на инвеститора в приемащата държава, може да представлява инвестиция.

102. В съдебното заседание Komstroy поддържа, че понятието „инвестиция“ е определено в ДЕХ и че тази дефиниция не се нуждае от конкретизиране, макар и придружена от неизчерпателен списък с примери за активи, представляващи инвестиция по смисъла на ДЕХ. Това дружество твърди също, че буквалният смисъл на текста на член 1, точка 6 от ДЕХ е ясен, поради което не е необходимо тълкуване, нито да се изхожда от критерии извън обхвата на дадената дефиниция. На последно място, Komstroy поддържа, че самият член 1, точка 6 от ДЕХ предвижда, че договорно вземане може да се счита за инвестиция, тъй като в член 1, точка 6, букви в) и е) от ДЕХ са посочени съответно „ликвидните вземания“ и „всякакво право, предоставено от [...] договор“.

103. Република Молдова, испанското, нидерландското и полското правителство и Комисията изтъкват, че вземане, произтичащо от договор за продажба, не може да представлява инвестиция по смисъла на член 1, точка 6 от ДЕХ. Те поддържат, че макар член 1, точка 6, буква в) от ДЕХ да предвижда, че ликвидно вземане представлява инвестиция, това е така само при условие че вземането е „свързан[о] с инвестиция“. Произтичащо от договор за продажба вземане обаче не може да се счита за „свързано с инвестиция“. Освен това Република Молдова подчертава, че следва да се вземе предвид обикновеното значение на понятието „инвестиция“, което предполага вноската под формата на капитал, а такава липсвала при договорно вземане. На последно място, Република

Молдова и Комисията подчертават, че е важно да се направи разграничение между това, което е свързано с търговията, и това, което е свързано с инвестиция, тъй като само инвестициите са защитени с част III от ДЕХ.

104. Член 1, точка 6 от ДЕХ определя инвестицията като „всякакъв вид актив, притежаван или контролиран пряко или косвено от инвеститор“. По този начин в ДЕХ е дадено твърде неясно определение, което на пръв поглед изглежда ограничено само от предмета на дейността, с която е свързана инвестицията. В тази разпоредба се добавя, че инвестиция по смисъла на ДЕХ трябва да е свързана с икономическа дейност в енергийния сектор.

105. Това определение е допълнено с неизчерпателен списък на конкретни примери за инвестиции по смисъла на тази разпоредба. Както изтъква Komstroy, от това следва, че когато е ясно, че въпросният актив е обхванат от едната от инвестициите, изрично посочени в член 1, точка 6 от ДЕХ, по принцип не е необходимо тази разпоредба да се тълкува⁶⁹.

106. Що се отнася до договорните вземания, те могат да попаднат в обхвата на определението по член 1, точка 6 от ДЕХ както съгласно член 1, точка 6, буква в), така и съгласно член 1, точка 6, буква е) от ДЕХ. Всъщност става дума за „ликвидни вземания [...] по договор с икономическа стойност и свързан с инвестиция“⁷⁰, както и за „всякакво право, предоставено от [...] договор [...] за осъществяване на всякаква икономическа дейност в енергийния сектор“⁷¹.

107. Следва обаче да се отбележи, че макар в тези две разпоредби да са дадени примери за инвестиции по смисъла на ДЕХ, те добавят и допълнителни условия за квалифицирането на инвестицията. От една страна, член 1, точка 6, буква в) от ДЕХ предвижда, че ликвидно вземане представлява инвестиция, при условие че произтича от договор, който, от своя страна, е свързан с инвестиция. От друга страна, член 1, точка 6, буква е) от ДЕХ предвижда, че предоставено с договор право представлява инвестиция, при условие че е предоставено за осъществяване на икономическа дейност в областта на енергетиката. С други думи, произтичащо от договор вземане не е автоматично инвестиция по смисъла на ДЕХ, като той налага някои ограничения.

108. Добавянето на тези условия обаче прави трудна, ако не и невъзможна, еднозначната привръзка на всяко договорно вземане с едната или другата форма на инвестиции по смисъла на член 1, точка 6 от ДЕХ. Всъщност несъмнено е, че договорно вземане, по-специално когато произтича от договор за продажба на електроенергия, не може да бъде обхванато от член 1, точка 6, буква в) или е) от ДЕХ, без предварително да се установи какво включват допълнителните условия, предвидени в тези разпоредби.

109. Ето защо следва да се направи тълкуване на тези две разпоредби, което съгласно член 31, параграф 1 от Виенската конвенция⁷² трябва да се извърши „добросъвестно, в съответствие с обикновеното значение, което следва да се дава на термините [...] в техния контекст, а също така в духа на [предмета] и целите на договора“.

⁶⁹ Вж. по този въпрос в арбитражната съдебна практика *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd c/y Казахстан* (Търговска камара в Стокхолм (CSS), дело № V 116/2010), решение от 19 декември 2013 г., т. 806 и в доктрината *Gaillard, E.* — *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, No 6, p. 160.

⁷⁰ Член 1, точка 6, буква в) от ДЕХ.

⁷¹ Член 1, точка 6, буква е) от ДЕХ.

⁷² Конвенция за правото на договорите, сключена във Виена на 23 май 1969 г. (*Recueil des traités des Nations unies*, Vol. 1155, p. 331) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf>

а) Относно член 1, точка 6, буква в) от ДЕХ

110. Що се отнася до член 1, точка 6, буква в) от ДЕХ, който предвижда, че вземането трябва да произтича от договор, свързан с инвестиция, ще посоча, че редакцията му е донякъде двусмислена. Всъщност тази разпоредба определя ликвидните вземания, които могат да се считат за инвестиции, като препраща към понятието за инвестиция. С други думи, понятието за инвестиция е едновременно дефинираното понятие и понятието, използвано за определянето му. В този смисъл член 1, точка 6, буква в) от ДЕХ е противоречив⁷³.

111. При тези условия и за да се преодолее тази противоречивост, понятието „инвестиция“ по член 1, точка 6, буква в) от ДЕХ може да се разбира само в смисъл, различен от конкретно посочения в тази разпоредба. Както отбелязва полското правителство, ликвидно вземане представлява инвестиция само ако произтича от договор, който от своя страна е свързан с друга инвестиция по смисъла на ДЕХ, непопадаща в приложното поле на член 1, точка 6, буква в) от ДЕХ.

112. Нито една от другите посочени в член 1, точка 6 от ДЕХ инвестиции обаче не може да се разбира като отнасяща се до доставката на електроенергия, предмет на договора, от който произтича разглежданото ликвидно вземане. Нито една от буквите на тази разпоредба не се отнася до обикновена търговска сделка⁷⁴. Ето защо от буквалното тълкуване на член 1, точка 6 от ДЕХ следва, че вземане, произтичащо от договор за доставка на електроенергия, което не е свързано с никаква вноска, не е ликвидно вземане по договор с икономическа стойност, свързан с инвестиция.

113. Буквалното тълкуване на член 1, точка 6, буква в) от ДЕХ се потвърждава допълнително от обикновеното значение на понятието „инвестиция“, посочено в тази разпоредба⁷⁵.

114. Както твърдят Република Молдова и Комисията, в общоупотребимия език с това понятие се обозначава по принцип сделка с определена продължителност, която се състои от парична вноска и предполага риск⁷⁶.

⁷³ Относно противоречивия характер на определението за инвестиция вж. *Puka*, М. Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym. С.Н. Beck, Warszawa, 2018, р. 43 et 44.

⁷⁴ Биха могли да съществуват съмнения относно това дали може да се приеме, че доставката на електроенергия е обхваната от член 1, точка 6, буква е) от ДЕХ, който се отнася до „всякакво право, предоставено от [...] договор [...] за осъществяване на всякаква икономическа дейност в енергийния сектор“. Впрочем подобни съображения са възприети в арбитражната съдебна практика; вж. в това отношение *Petrobart Limited c/y Киргизка република (CSS, дело № 126/2003)*, решение от 29 март 2005 г., т. 72. С оглед обаче на тълкуването, което предлагам да се възприеме за член 1, точка 6, буква е) от ДЕХ, такава възможност трябва да се изключи. Вж. точка 121 и сл. от настоящото заключение.

⁷⁵ Колкото до дефиницията на понятието „инвестиция“ в член 1, точка 6, буква в) от ДЕХ, доктрината защитава идеята, че следва да се има предвид само обикновеното значение на това понятие. Всъщност, както твърди полското правителство в писменото си становище, в текста на английски език на ДЕХ се провежда разграничение между английския термин „Investment“ по смисъла на ДЕХ, изписан с главна буква, и обикновеното значение на английския термин „investment“, този път без главна буква. Понятието „инвестиции“, което следователно се различава от защитените по ДЕХ „Инвестиции“, има обективен смисъл, както е припомнено в точки 114, 115 и 116 от настоящото заключение. Тъй като обаче в член 1, точка 6, буква в) от ДЕХ се уточнява, че вземането трябва да произтича от договор, „свързан с инвестиция“, от това следва, че в този случай понятието „инвестиция“ би трябвало да се схваща само обективно, в съответствие с обичайния му смисъл. Относно тази идея вж. *Baltag*, С. The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor. Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2012, р. 174. Не намирам обаче за напълно убедителен този довод, който почива само на използвания шрифт в текста, който въпреки не присъства в текстовете на всички езици на ДЕХ.

⁷⁶ На френски език речникът на Френската академия на науките, 9-о изд., дефинира понятието „инвестиция“ като „placement de fonds en vue d'obtenir des revenus“ (дългосрочно влагане на капитал с цел получаване на доход). На английски език „investment“ е дефинирано като „the act of putting money [...] into something to make a profit“ (дейност по влагане на парични средства [...] за получаване на печалба). Относно промяната в определението на това понятие вж. *Gilles*, А. La définition de l'investissement international. Larcier, Bruxelles, 2012, р. 16 sq.

115. В същия смисъл арбитражната съдебна практика също така постепенно извежда обективно определение на понятието „инвестиция“, съгласно което инвестицията предполага наличието на три елемента: вноски от инвеститор, определена продължителност на изпълнението и участие в рисковете от дейността⁷⁷.

116. Макар това определение да е развито във връзка с понятието за инвестиция в Конвенцията за уреждане на инвестиционни спорове между държави и граждани на други държави, подписана във Вашингтон на 18 март 1965 г., според мен то все пак съдържа основните елементи на това, което може да представлява инвестиция, и в този смисъл често се припомня в доктрината, когато се предлага общо определение на това понятие⁷⁸.

117. Така, съгласно това разбиране на понятието „инвестиция“ ликвидно вземане представлява инвестиция по смисъла на член 1, точка б от ДЕХ, при условие че произтича от договор, който е включвал вноската от страна на предполагаемия инвеститор, и очакването за печалба, която не е гарантирана. Това разбиране на понятието „инвестиция“ по член 1, точка б, буква в) от ДЕХ се открива също така както в арбитражната съдебна практика⁷⁹, така и в доктрината⁸⁰.

118. Договор за доставка на електроенергия обаче представлява обикновена търговска сделка, която не може да бъде обхваната от понятието за инвестиция, тъй като не включва нито вноската⁸¹, нито очаквана печалба, зависеща от вноската. Ето защо считам, че вземане, произтичащо от договор за доставка на електроенергия, не е свързано с инвестиция и не отговаря на условието по член 1, точка б, буква в) от ДЕХ.

119. Накрая, това тълкуване на понятието „инвестиция“ по смисъла на член 1, точка б, буква в) от ДЕХ се подкрепя от разглеждането на общата логика на ДЕХ и от въведената система за закрила на инвестициите. Както подчертава Комисията, ДЕХ разграничава правилата относно търговията, съдържащи се в част II от него, и правилата относно насърчаването и закрилата на инвестициите, съдържащи се в част III. Следователно сама по себе си обикновена търговска сделка не може да се определи като инвестиция, иначе би се обезсмислило напълно съществуващото разграничение между отношенията, свързани с търговията, и тези, които са свързани с инвестиция и на това основание изискват специална закрила⁸².

120. Следователно понятието „инвестиция“ по смисъла на член 1, точка б, буква в) от ДЕХ не трябва да се смесва с обикновена търговска дейност, поради което вземане, произтичащо от договор за доставка на електроенергия, което не е свързано с вноската и с очакване за печалба, зависеща от тази вноската, не може да се обхване от това понятие.

⁷⁷ Вж. *Salini Costruttori S.p.A. и Italstrade S.p.A. c/y Кралство Мароко* (МЦРИС, дело № ARB/00/4), решение от 23 юли 2001 г., 129 *Journal du droit international* 196 (2002), т. 52. Относно анализа на тази съдебна практика вж. *Рука*, М., *op. cit.*, р. 63—111 и *Jeżewski*, М. *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*. С.Н. Beck, Warszawa, 2019, р. 127—134.

⁷⁸ Вж. *Baltag*, С., *op. cit.*, р. 167—183, както и *Kessedjian*, С. et *Pironon*, V., *op. cit.*, р. 206.

⁷⁹ Вж. по-специално *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c/y Кралство Испания* (МЦРИС, дело № ARB/14/1), решение от 16 май 2018 г., т. 195 и сл. и *Isolux Netherlands, BV c/y Кралство Испания* (CSS, дело № V 2013/153), решение от 17 юли 2016 г., т. 683 и сл.

⁸⁰ Вж. *Baltag*, С., *op. cit.*, р. 178 sq., както и *Audit*, М. *Journal de droit international* (Clunet), 3/2020, р. 16.

⁸¹ В съдебното заседание *Комстрой* изтъква, че вноската се състои в доставката на електроенергия. Този довод обаче не е достатъчен за квалифицирането на договора за доставка на електроенергия като „договор, свързан с инвестиция“, тъй като това не означава все пак, че съществува риск за очакваната възвръщаемост в резултат на такава вноската.

⁸² По-специално чрез механизма за уреждане на спорове по член 26 от ДЕХ. Макар някои търговски сделки понякога да имат аспекти, които оправдават квалифицирането им като „инвестиция“; вж. по този въпрос *Рука*, М., *op. cit.*, р. 175—181. Не считам, че този анализ може да се приложи и в настоящия случай.

б) Относно член 1, точка 6, буква е) от ДЕХ

121. Член 1, точка 6, буква е) от ДЕХ се отнася до „всякакво право, предоставено от [...] договор [...] за осъществяване на всякаква икономическа дейност в енергийния сектор“. В това отношение припомням, че по принцип член 1, точка 6 от ДЕХ вече предвижда, че инвестиция по смисъла на ДЕХ трябва да е свързана с икономическа дейност в енергийния сектор. Поради това наложеното с член 1, точка 6, буква е) от ДЕХ условие не може да се разбира по същия начин, като в противен случай това уточнение би изгубило изцяло смисъла си.

122. Следователно член 1, точка 6, буква е) от ДЕХ не се отнася до договорни права, свързани с икономическа дейност в енергийния сектор, а добавя допълнително условие, за да може договорните права да се считат за защитена инвестиция по смисъла на ДЕХ. Това е видно от самата формулировка на разпоредбата. Следователно използването на думите „за осъществяване на“ сочи, че съответното договорно право трябва да бъде предоставено *с цел* осъществяване на икономическа дейност в енергийния сектор⁸³. Договорното право трябва да позволи осъществяване на икономическа дейност в енергийния сектор, която носителят на правото не би могъл да осъществява, ако нямаше това право. С други думи, договорното право трябва да разреши осъществяването на тази дейност и да създаде условия за това осъществяване⁸⁴.

123. Макар договорно вземане наистина да е договорно право, то обаче не може да се приеме за разрешаващо осъществяването на икономическа дейност в енергийния сектор, когато е придобито *след* възникване на вземането при първоначалния му носител. При тези условия вземането не предоставя на носителя си право да осъществява икономическа дейност в енергийния сектор, а само право да изиска плащането му.

124. Освен това, дори и ако трябваше да се вземе предвид произходът на вземането, *quod pop*, а именно договорът за доставка на електроенергия, считам, че резултатът щеше да е същият. Макар договор за продажба на електроенергия между две дружества да позволява по-специално на едното от тях да доставя електроенергия на другото, този договор обаче не разрешава осъществяването на икономическа дейност в енергийния сектор. Всъщност дружеството, което доставя електроенергия, вече е оправомощено да доставя съответната електроенергия на своя съдоговорител, поради което договорът в никакъв случай не съдържа разрешение или право за осъществяване на икономическа дейност в енергийния сектор на приемащата държава.

125. Следователно според мен такова вземане не е обхванато от член 1, точка 6, буква е) от ДЕХ.

126. От изложеното по-горе следва, че нито член 1, точка 6, буква в), нито член 1, точка 6, буква е) от ДЕХ може да се тълкуват в смисъл, че вземане, което произтича от договор за доставка на електроенергия и не е свързано с никаква вноска, представлява инвестиция по смисъла на тези разпоредби.

⁸³ Впрочем това тълкуване следва още по-ясно от текста на ДЕХ на английски език: „any right conferred [...] by contract [...] to undertake any economic activity in the energy sector“ (всякакво право, предоставено от [...] договор [...] за осъществяване на всякаква икономическа дейност в енергийния сектор) (курсивът е мой).

⁸⁴ Типичният пример за такова договорно право е концесия за управление на инфраструктура на територията на договарящата страна.

в) Относно общото определение на понятието „инвестиция“ в член 1, точка 6 от ДЕХ

127. Член 1, точка 6 от ДЕХ все пак предвижда общо определение на понятието „инвестиция“, което несъмнено е неясно, а съдържащият се в него списък на инвестициите е неизчерпателен. Следователно би могло да се приеме, че вземане, което не е обхванато от член 1, точка 6, буква в) или е) от ДЕХ, би могло все пак да представлява инвестиция по смисъла на член 1, точка 6, тъй като представлява „всякакъв вид актив, притежаван или контролиран пряко или косвено от инвеститор“.

128. Тези доводи не са убедителни. Както подчертах⁸⁵, договорните вземания са единствените активи, за които член 1, точка 6 от ДЕХ предвижда изрични ограничения за допускането им като инвестиции. Следователно не може да се вземе предвид общото определение на понятието за инвестиция единствено с цел да се избегнат ограниченията, въпреки че са предвидени в член 1, точка 6, букви в) и е) от ДЕХ, тъй като в противен случай ще се обезсмисли съществуването на тези точни разпоредби, и ще се стигне до тълкуване *contra legem* на понятието „инвестиция“ по смисъла на ДЕХ.

129. Ето защо предлагам на първия преюдициален въпрос да се отговори, че член 1, точка 6 от ДЕХ трябва да се тълкува в смисъл, че вземане, произтичащо от договор за доставка на електроенергия, което не е свързано с никаква вноска, не представлява инвестиция по смисъла на тази разпоредба.

2. По втория преюдициален въпрос

130. С втория си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали член 26, параграф 1 от ДЕХ трябва да се тълкува в смисъл, че придобиването от предприятие на договаряща страна на вземане на икономически оператор от държава, която не е страна по ДЕХ, представлява инвестиция.

131. В това отношение припомням, че разглежданото вземане произтича от договорно правоотношение между Moldtranselectro и Derimen, като последното е регистрирано в Британските Вирджински острови — държава, която не е страна по ДЕХ.

132. Член 26, параграф 1 от ДЕХ позволява уреждането на споровете между договаряща страна и инвеститор на друга договаряща страна, когато спорът се отнася до инвестиция *на този инвеститор*. Запитващата юрисдикция иска да установи дали произходът на вземането, когато то първоначално е на икономически оператор от държава, която не е страна по ДЕХ, евентуално е от значение за квалифицирането му като „инвестиция“ по смисъла на член 26, параграф 1 от ДЕХ, който изисква такава инвестиция да е направена от инвеститор на договаряща страна.

133. Нека отбележа още в самото начало, че с оглед на предложения от мен отговор на първия въпрос всъщност не е необходимо да се отговаря на втория въпрос, тъй като, давайки отрицателен отговор на първия въпрос, не е необходимо да се определи дали произходът на вземането е от значение за допускането му като инвестиция на инвеститор на договаряща страна по смисъла на член 26, параграф 1 от ДЕХ.

⁸⁵ Вж. точка 107 от настоящото заключение.

134. От съображения за изчерпателност все пак ще разгледам втория преюдициален въпрос, в случай че Съдът не възприеме моя анализ във връзка с първия въпрос и приеме, че такова вземане може да представлява инвестиция по смисъла на член 1, точка 6 от ДЕХ.

135. Както отбелязва запитващата юрисдикция и както подчертава Република Молдова, за да се определи дали инвестиция действително е била „направена от инвеститор на договаряща страна“, следва да се има предвид член 1, точка 8 от ДЕХ, където се дава определение на израза „извършване на инвестиции“. Тази разпоредба предвижда по-специално, че инвестиция може да се извърши чрез придобиване на всички или на част от съществуващи инвестиции. Тя обаче не изисква въпросната съществуваща инвестиция да е била първоначално направена в държава — страна по ДЕХ.

136. Република Молдова обаче твърди, че такова условие е налице. Според нея изразът „съществуваща инвестиция“ следва да се разбира съгласно определението за „инвестиция“ в член 1, точка 6 от ДЕХ, който предвижда, че инвестицията трябва да бъде „притежаван[a] или контролиран[a] пряко или косвено от инвеститор“. Тя обаче отбелязва, че член 1, точка 7 от ДЕХ на свой ред определя понятието „инвеститор“ по-специално като „дружество или друга организация, учредена в съответствие с приложимото законодателство в [...] договаряща се страна“. В този смисъл тя поддържа, че тъй като икономическият оператор, първоначален носител на съответното вземане, е оператор на държава, която не е страна по ДЕХ, той не може да се счита за инвеститор по смисъла на член 1, точка 7 от ДЕХ, поради което въпросното вземане не може да представлява „съществуваща инвестиция“ на дружество на договаряща страна по смисъла на член 1, точка 8 и член 26, параграф 1 от ДЕХ.

137. Тези доводи не са убедителни. Въпреки че следва да се приеме логиката на тълкуване на Република Молдова относно необходимостта да се вземе предвид член 1, точки 6—8 от ДЕХ, за да се определи как следва да се разбира изразът „инвестиция на“, изводът, до който тя достига, е следствие обаче от частичен прочит на тези членове.

138. Както отбелязах⁸⁶, член 1, точка 8 от ДЕХ не само не налага никакво изискване относно географския произход на съществуващата инвестиция, но освен това разглежданите разпоредби изрично предвиждат, че такава инвестиция може да бъде направена от икономически оператор на държава, която не е страна по ДЕХ. Всъщност член 1, точка 7 от ДЕХ определя понятието „инвеститор“ както по отношение на договарящите се страни, така и по отношение на трети държави. Следователно ясно се посочва, че инвеститорът може да е от държава, която не е страна по ДЕХ, което обаче не означава, че направените от него инвестиции не са съществуващи инвестиции по смисъла на ДЕХ⁸⁷.

139. При тези условия фактът, че вземането е на икономически оператор на държава, която не е страна по ДЕХ, е без значение за квалифицирането му като „съществуваща инвестиция“, тъй като съгласно ДЕХ този оператор също трябва да се счита за инвеститор.

⁸⁶ Вж. точка 135 от настоящото заключение.

⁸⁷ Трябва да уточня, че макар инвестиция на инвеститор от държава, която не е страна по ДЕХ, наистина да представлява инвестиция по смисъла на ДЕХ, тя все пак не е инвестиция, *защитена* с него, тъй като материалноправните разпоредби за насърчаване и закрила на инвестициите се отнасят изрично и изключително за инвестициите на инвеститори на договарящите страни. Вж. по-специално член 10 от ДЕХ: „Всяка договаряща се страна [...] насърчава и създава стабилни, равноправни, благоприятни и прозрачни условия за *инвеститорите от другите договарящи се страни*, за да инвестират в нейната зона. Тези условия включват ангажимента за предоставяне по всяко време на [справедливо и равноправно третиране] *за инвестициите на инвеститори от други договарящи се страни*“. (Курсивът е мой).

140. Следователно придобиването от оператор на договаряща страна на вземане на икономически оператор от държава, която не е страна по ДЕХ, трябва да се счита за придобиване на съществуваща инвестиция и съответно трябва да се приеме, че представлява инвестиция на инвеститор от договаряща страна по смисъла на ДЕХ.

141. Република Молдова, Komstroy и Комисията обаче изразяват резерва относно възможността за злоупотреба с право при тези обстоятелства. Всъщност не е изключено инвестиция на оператор на държава, която не е страна по ДЕХ, да бъде придобита от инвеститор на договаряща страна само с цел да се ползва от предоставяната с ДЕХ закрила, по-специално за да се приложи член 26, параграф 1 от ДЕХ, с цел да предяви иск срещу договаряща страна, който иначе не би бил допустим.

142. Въпреки че такава възможност съществува, тя обаче не е достатъчна, за да се изключи автоматично от предоставяната с механизма за уреждане на спорове закрила инвестиция, придобита от оператор на държава, която не е страна по ДЕХ. Според мен това тълкуване не само не е съвместимо с разгледаните по-горе разпоредби на ДЕХ, но и означава, че нито една инвестиция, придобита от чуждестранен инвеститор, не би била защитена по смисъла на ДЕХ.

143. При тези условия наличието на злоупотреба с право може да се вземе предвид само за конкретен случай и не може да обоснове принцип, че инвестиция, придобита от инвеститор на договаряща страна, от инвеститор на държава, която не е страна по ДЕХ, не трябва да се счита за инвестиция на първия по смисъла на член 26, параграф 1 от ДЕХ. Следователно запитващата юрисдикция ще трябва да провери причините, поради които Komstroy е придобило съответното вземане, за да прецени дали това придобиване е имало за единствена цел да се предяви иск срещу Република Молдова съгласно ДЕХ.

144. Ето защо, в случай че Съдът не възприеме моя анализ във връзка с първия преюдициален въпрос, предлагам на втория преюдициален въпрос да се отговори, че член 26, параграф 1 от ДЕХ трябва да се тълкува в смисъл, че придобиването на вземане на инвеститор от държава, която не е страна по ДЕХ, представлява инвестиция по смисъла на тази разпоредба, освен ако единствената цел на това придобиване е да се ползва предоставяната с разпоредбите на ДЕХ закрила, и по-специално да се предяви иск срещу договаряща страна пред арбитражен съд — обстоятелство, което запитващата юрисдикция следва да провери.

3. По третия преюдициален въпрос

145. С третия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали член 26, параграф 1 от ДЕХ трябва да се тълкува в смисъл, че вземане на инвеститор, произтичащо от договор за продажба на електроенергия, доставена на границата на приемащата държава, може да представлява инвестиция, направена в зоната на друга договаряща страна, при липса на каквато и да е икономическа дейност, осъществявана от инвеститора на територията на тази държава.

146. Тук отново ще отбележа, че не е необходимо да се отговаря на третия въпрос. Всъщност при отговор на първия преюдициален въпрос в смисъл, че вземане, произтичащо от договор за доставка на електроенергия, не представлява инвестиция, не е необходимо да се определя дали това вземане е направено *в зоната* на друга договаряща страна.

147. От съображения за изчерпателност обаче ще отговоря на третия преюдициален въпрос, в случай че Съдът не възприеме моя анализ във връзка с първия и втория въпрос, въз основа на предположението, *quod non*, че вземане, произтичащо от договор за доставка на електроенергия, представлява инвестиция по смисъла на ДЕХ.

148. Република Молдова, подкрепена в тази връзка от испанското правителство и Комисията, твърди, че не са направени каквито и да било инвестиции на нейна територия, тъй като електроенергията, доставяна по силата на договора, от който произтича вземането, се доставяла само до границата между Украйна и Молдова, откъм украинска страна.

149. Този довод произтича от прочита на член 1, точка б, буква в) от ДЕХ, който предвижда, че ликвидно вземане представлява инвестиция, ако произтича от договор, който от своя страна е свързан с инвестиция. Струва ми се обаче, че този довод не отчита съществено обстоятелство. Всъщност, макар преценката на инвестицията, с която е свързан договорът, от който произтича съответното вземане, да е релевантна за квалифицирането му като „инвестиция“, след като бъде установено това обстоятелство, разглежданата инвестиция е само вземането, без да е необходимо впоследствие отново да се взема предвид свързаната с него инвестиция.

150. Следователно инвестицията, която е предмет на спора и която на това основание трябва да се разгледа с оглед на член 26, параграф 1 от ДЕХ, не е доставката на електроенергия, предвидена в договора, от който произтича вземането, а самото вземане. В такъв случай е необходимо само да се определи дали придобиването на такова вземане може да се счита за инвестиция в зоната на Молдова, без да е необходимо да се установява дали договорът, от който произтича това вземане, е свързан с инвестиция, която от своя страна е направена в тази зона.

151. Разглежданата инвестиция, тоест вземането в настоящия случай, е на украински инвеститор срещу установено в Молдова дружество. Член 1, точка 10 от ДЕХ обаче определя само понятието „зона“ като „територията, която е под суверенитет[а на договаряща страна]“. Следователно вземане срещу установено на молдовска територия дружество може да се счита за инвестиция, направена в зоната на тази договаряща страна, като, за да се установи това, е достатъчно местонахождението на длъжника по вземането.

152. Във всички случаи резултатът ще е същият, ако бъде приет доводът на Република Молдова, че е необходимо да се разгледа и въпросът за зоната, в която е направена инвестицията, с която е свързан договорът, от който произтича вземането.

153. Официално електроенергията действително се доставя до границата с Молдова. Въпреки това и освен ако не се възприеме прекалено формалистично разрешение, това не променя факта, че в крайна сметка електроенергията е пусната в молдовската мрежа и че това обстоятелство е от основно значение. Фактът, че тя е била доставяна от оператора от едната или от другата страна на границата, е без значение за този резултат⁸⁸. В действителност доставяната електроенергия е предназначена да бъде разпределяна на молдавска територия и следователно в зоната на тази договаряща страна⁸⁹.

⁸⁸ *Audit*, М., *op. cit.*

⁸⁹ Още повече че когато става дума за електроенергия, напълно нереално е да си представим доставка на границата. Както е видно от акта за преюдициално запитване, електрическите мрежи на Украйна и на Молдова са взаимосвързани и няма основание да се приеме, че електроенергията се доставя в точка А и се съхранява до вземането ѝ от получателя от същата точка.

154. Ето защо, в случай че Съдът не възприеме моя анализ във връзка с първия и втория преюдициален въпрос, предлагам на третия преюдициален въпрос да се отговори, че член 26, параграф 1 от ДЕХ трябва да се тълкува в смисъл, че вземане на инвеститор на договаряща страна срещу оператор на друга договаряща страна представлява инвестиция, направена от първия в зоната на втория.

V. Заключение

155. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на поставените от Cour d'appel de Paris (Апелативен съд Париж, Франция) преюдициални въпроси по следния начин:

„Член 1, точка 6 от Договора за Енергийната харта, подписан на 17 декември 1994 г. в Лисабон и одобрен от името на Европейския съюз с Решение 98/181/ЕО, ЕОВС, Евратом на Съвета и на Комисията от 23 септември 1997 година за сключването от Европейските общности на Договора за Енергийната харта и на Протокола за Енергийната харта относно енергийната ефективност и свързаните екологични аспекти, трябва да се тълкува в смисъл, че вземане, произтичащо от договор за доставка на електроенергия, което не е свързано с никаква вноска, не представлява инвестиция по смисъла на тази разпоредба“.